

## 共有と合有（四）

——財産法における権利の構造（五）の四——

鷹 巢 信 孝

一 はじめに

二 共有と合有の区別・連関構造  
第六節まで……………二五卷六号

第七節以下……………二六卷一号

三 共有者の相互関係と対第三者関係  
第九節まで……………二六卷三号

第十節以下……………本号

四 建物区分所有者の法律関係

五 むすび

### 三 共有者の相互関係と対第三者関係（続）

一〇 財産の「管理」や「管理権」という概念は未だ十分明確になっていないといわれて久しいが、民法二五二条本文の共有物の「管理」についても、従来の解釈には疑問な点が多い。本条にいう「管理」とは保存や変更を含む

広義の管理行為から保存・変更を除いた行為であり、共有物の利用方法の決定や改良などを指すと解されている。<sup>(三三三)</sup>

そして、共有物の利用方法の決定には、共有者全員が使用する方法を決めることだけでなく、その一部の者が使用することや、第三者に使用させることの決定を含み、使用貸借契約や賃貸借契約の解約を含むとされている。<sup>(三三四)</sup>尤も、判例上、賃貸借契約の締結が管理行為に当たるとされているのは、民法六〇二条に定める期間を越えない場合に限定されており、共有物の「管理」に当るか否かは民法一〇三条と関連づける見解もある。<sup>(三三五)</sup>

さて、そこでまず疑問に感じるのは、共有物の利用方法として共有者の一部の者のみの使用や、第三者との賃貸借契約ないし使用貸借契約を持分の過半数で決定しようとしている点である。というのは、共有者の間に擬制される管理（利用）共同体は、共有物に対する所有権（とりわけ処分権能）を有しているわけではなく、単にその管理権を有するにすぎない。そして、各共有者はその共有持分権が団体的制約を受けるとはいえ、擬制的な管理（利用）共同体構成員として利用持分を有しており、自己の同意なしにこの権利を奪うことは、権利侵害以外の何ものでもない。

このことは、共有者全員の合意に基づいて共有物利用共同体を形成している場合と比べれば、容易に理解しうることである。ただし、この場合、共有者が共有物を使用するために、共有持分権に内在する使用権能を出資して団体を形成したのであるから、全ての共有者に利用持分を与えなければならず、ある共有者の同意なしに利用持分を奪うことは、この団体の目的に反しており、団体としてなしえないことである。そして、このことは民法によって擬制される管理（利用）共同体についてもいえることであり、合意に基づいて形成された利用共同体の場合と別異に解すべき根拠はない。

あるいは、共有の家屋が狭いなどの理由で、一部の共有者しか使用しえない場合には、他の共有者の使用が認められなくても止むをえないこともある。したがって、この場合には、共有物を使用しえない共有者に対して金銭

による補償をすることになるが、それでもこの共有者の同意の下に決める必要があり、持分の過半数で決定することではない。ただし、多数決によつて、ある共有者の利用持分を奪うことは、管理（利用）共同体によつてこの共有者の利用持分を強制的に処分することになるからである。<sup>(三九)</sup>したがつて、たとえ金銭による補償がなされるとしても、それは共有者の同意なしに利用持分を剝奪することを正当化しうるものではない。<sup>(四〇)</sup>

まして、第三者に共有物を使用させる場合には、ある共有者が自己の利用持分の範囲を越えて個人的に貸すのであれば、他の共有者の同意を要し、共有者全員が共同して貸すのであれば、共有者全員の合意に基づいて行う必要があり、第三者への貸借期間が民法六〇二条の期間を越えるか否かを問わない。ただし、前者の場合には、ほかの共有者の利用持分を侵害することになるからであり、後者の場合は共有物の管理行為ではなく、共有持分権の部分的、ないしは全面的な処分行為を要するからである。つまり、全共有者が共同して共有物を第三者に貸すためには、各共有者が持分権に内在している使用権能、ないしは持分権そのものを出資して、右の目的をもつた共同体を形成する必要があるが、この共同体の形成は共有物の管理行為ではなく、各共有者の持分権を部分的に、あるいは全面的に出資する処分行為が前提となる。したがつて、第三者への貸借が六〇二条の期間を越えるか否かを問わず、共有者全員の合意が必要であり、持分の過半数による多数決ではなしえないわけである。このことは、共有者が共有物を賃貸して収益をあげる事業を共同して行う場合を考えれば、とりわけ明白になるであらう。ただし、この収益事業共同体を作るには共有者全員の合意と、共有持分権の部分的、ないしは全面的出資を要するからである。

要するに、共有物を第三者に使用させるには、ある共有者が個人的に貸すか、全共有者が共同して貸すことが前提になるが、前者の場合には、その共有者に認められている利用持分の範囲内で貸すか、<sup>(四一)</sup>その範囲を越えて貸すためには利用持分を侵害される他の共有者の同意を要する。他方、共有者が全員で共同して第三者に貸すためには、そのような目的をもつた管理ないし収益事業共同体を形成することが先決問題となる。いずれにせよ、ことは共有

者の利用持分や共有持分権の処分の問題であつて、共有物の管理の範囲を越えており、共有物の変更や処分とは次元を異にしている。<sup>(chii) a)</sup>したがつて、第三者に使用させる場合を処分ないし変更に当たるとして、共有者全員の同意を要すると解するのは、結論は妥当であるが、その理由づけの面では共有物の変更・処分と利用持分ないし共有持分の処分とを混同しているといわざるをえない。

注(三三) 於保・前掲「注三〇九」一頁。

(三三) 前掲「注二三」の梅・一九五頁、富井・一六八頁、松波ほか・六四八頁、岡松・二三四頁、三瀨・一三八頁、川名・二二一頁、中島・四四五頁、横田・三九四頁、石田(文)・物権法論四八九頁、末川・三二四頁、柚木・四七九頁、柚木・高木・五二五頁、林・一三七頁、新田・講義二二五七頁以下。前掲「注二四」の末弘・四二四頁以下、我妻・二二五頁、我妻・有泉・三二三頁、舟橋・三八三頁以下。前掲「注六」の稲本・三〇六頁以下、広中・四二八頁、星野・概論II一三六頁。水辺・前掲「注八」二二四頁、川井・前掲「注三三」三二四頁、桑原・前掲「注一二八」四六頁。

なお、鈴木・前掲「注八」二七頁は、共有持分の過半数を要し、過半数であればできることを管理行為という説明する方が正しいであろうとされる。これに対して、川井・前掲「注三三」三二六頁は、多数決によるのがよいから「管理」、単独でやるのがよいから「保存」となると、なまの形で利益較量を行ない、説得に必要な論理をみたさぬこととなるとされる。

(三四) 前掲「注二三」の横田・三九四頁、松岡・五七九頁、柚木・高木・五二六頁、新田・講義二二五八頁。前掲「注二四」の末弘・四二五頁、舟橋・三八四頁、石田(喜)・物権法七九頁、同・口述二二七頁。稲本・前掲「注六」三〇七頁、水辺・前掲「注八」二二四頁、加藤一郎「家屋賃借権の相続」総合判例研究叢書・民法(1)「有斐閣・一九五六年」二三六頁、川村泰啓「共有」谷口知平・加藤一郎編「民法演習II」有斐閣・一九五八年・一一九頁、甲斐道太郎「共同相続財産」谷口知平・加藤一郎編「民法演習V」有斐閣・一九五九年・一七四頁、谷田貝三郎「共有物の持分の価格が過半数をこえる者が共有物を単独で占有する他の共有者に対して共有物の明渡請求をすることができるか」民商五六卷一号(一九六七年)一一二頁、品川孝次「判例研究・共同相続財産たる共有物(家屋)についてその価格の過半数に相当する持分を有する共有者(多数持分権者)が共有物を現に単独で占有使用する他の共有者(少数持分権者)に対して共有物の明渡を請求しうるか」上智法学一〇卷三号(一九六七年)九一頁。

Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. [N. 8], S. 767; Esser-Schmidt, a. a. O. [N. 8], S. 633ff.; Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 2 zu § 744 (S. 246) u. Rz. 2 u. 4 zu § 745 (S. 247 u. 248); Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 8 zu § 744 (S. 78) u. Rz. 12 zu § 745 (S. 95f.); Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 5 zu §§ 744, 745 (S. 863); Palandt-Thomas, a. a. O. [N. 86], § 744 Ann. 1 (S. 732).

(三三) 新田・前掲 [注六] 講義 2 二五八頁、広中・前掲 [注六] 四二八頁、舟橋・前掲 [注七] 三八四頁、水辺・前掲 [注八] 二二四頁、末川・前掲 [注三三] 三二四頁、柚木・前掲 [注三三] 四八〇頁、柚木・高木・前掲 [注三三] 五二五頁、石田 (喜)・前掲 [注二四] 物権法七九頁、塩崎・前掲 [注三二] 三九頁、猪瀬・前掲 [注一九一] 八頁、最判・昭和二年三月二日・民集八卷三三九六頁 (本件の評釈として、谷口知平「共同相続人の一人が相続財産たる家屋の使用借主である場合と他の共同相続人のなす使用貸借の解除」民商三二卷二頁 [一九五五年] 七七頁以下)、最判・昭和三年二月二五日・民集一八卷三三三九頁、最判・昭和四七年二月一八日・金法六四七号三〇頁。Vgl. Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 8 zu § 744 (S. 78) u. Rz. 6 zu § 745 (S. 93); Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 5 zu §§ 744, 745 (S. 863).

因に、形成権である解除権の行使を処分行為とする見解として、近藤英吉・相続法論 (弘文堂書房・一九三八年) 五三三頁。なお、星野英一 (1) 二分の一の持分しか有しない共有者は単独で賃貸借契約を解除できない (民法五四四条でなく民法二五二条本文が適用される) (2) 賃借権の無断譲受人が目的物の持分を取得したとき、賃貸人 (共有者は明渡を請求できない (持分は二分の一ずつの事案) 法協八四卷五号 (一九六七年) 一七四頁は、解除が保存か管理かは効果の違い、どちらをとるのが妥当かという見地から判断すべきであり、解除のみを眺めても決まらなとされる。

(三三) 大阪高判・昭和四年八月二九日・判時二〇五号一四頁、東京地判・昭和九年九月二六日・判タ一六九号一九四頁、東京高判・昭和五〇年九月二九日・判時八〇五号六七頁。判例を支持する見解として、猪瀬・前掲 [注一九一] 八頁。なお、山田・前掲 [注一二] 判タ六四一四七頁。

因に、最判・昭和三七年七月二〇日・民集一六卷八号一六三二頁は、民法六〇二条の期間を越える土地の賃貸借契約は宗教法人令一一條 (現・宗教法人法二三條) の不動産の処分に当るとし、名古屋高判・昭和五二年一月三二日・判時八五三号五九頁は、二〇年に及ぶ不動産の使用貸借は宗教法人法二三條の処分に当るとする。

(三七) 富井・前掲 [注二三] 一六八頁、横田・前掲 [注八] 三九二頁、石田 (文)・前掲 [注八] 物権法論四八八頁。

(三六) 鈴木・前掲 [注三三] 一八頁、同・前掲 [注八] 二七頁は、使用権能を奪われた共有者は分割請求もできるのだから、補償を与えれば過半数で決しうるとされる (同旨、塩崎・前掲 [注三一] 四一頁。なお、川村・前掲 [注三四] 一一九頁。

Vgl. Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 7 zu § 743 (S. 245); Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 12 zu § 745 [S. 96]; Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 19 zu §§ 744, 745 [S. 870].) なかゝ實際問題としては、分割請求の可能性があるから、その全員の同意が必要であるともいえるのではあるまいか。

(三六) 山中・前掲「注八」五三頁は共有物の処分または変更と同一視すべしとされ、於保・前掲「注三一」一三五頁は処分行為とされるが、共有物の処分ではなく、管理（利用）共同体構成員としての利用持分の処分と解すべきであろう。

なお、於保・前掲一三五頁は、各共有者が持分に応じて区分使用をなすか否か決めるのは、持分権に変更を生ぜしめるものとして、全員の同意を要するとされる。しかし、共有者が区分使用することを決める場合は、利用持分の内容を具体化する行為であり、過半数で決めうるが、一部の共有者が第三者に使用させる場合は、他の共有者の利用持分の処分、あるいは第三者に使用させることを目的とする管理（収益）共同体を形成する行為と解すべきであろう。

(三〇) 同旨、山中・前掲「注八」五三頁、於保・前掲「注三一」一三五頁。

(三一) 結果同旨、於保・前掲「注三一」一三六頁、塩崎・前掲「注三一」三八頁。但し、利用持分という発想はされていない。

(三一a) 一部同旨、谷田貝・前掲「注三四」一一二頁以下。

(三二) 山中・前掲「注八」五三頁・五六頁は処分または変更と同一視すべしとされ、於保・前掲「注三一」一三五頁は処分行為とされる。

民法六〇二条の期間を越える場合につき、横田・前掲「注八」二七六頁（なお、三八九頁）は法律上の処分とされ、前掲「注三二六」の昭和三九年東京地判は共有物の処分と当るとし、猪瀬・前掲「注一九一」八頁は変更と当るとされる。また、桑原・前掲「二二八」四九頁は借地契約は共有物の変更と当るとされるが、桑原・前掲「注三一四」九三頁は物権化の認められる賃借権設定は処分行為であり、それ以外の賃貸借、使用貸借は二五二条本文の管理行為とされる。

なお、大阪地判・昭和三十六年三月一七日・下民集一二巻三三五二頁は、民法六〇二条の期間を越える賃借権の設定は所有権の性質を変更させるから、民法一〇三条二号によっても許されないとする。

一一 因に、共同相続した建物を一部の共有者（多数持分権者）が第三者（といっても、この共同相続人が理事をしている医療法人）との間で、一〇年間の使用貸借契約を締結したので、他の共同相続人が共有物の処分に当ると

して、使用貸借契約の無効を前提に、借主に対し明渡請求をした事件で、第二審はこの契約を共有物の管理行為に当るとして契約の効力を認め、明渡請求を認めなかった。

これに対して、最高裁は、共有者間の協議を経ないで一部の共有者（少数持分権者）が共有物を占有している場合、この共有者も持分権に基づいて占有する権原を有しているので、他の共有者は当然には共有物の明渡しを請求しえないとする昭和四一年最高裁判決の法理は、共有者の一部から共有物の占有使用を承認された第三者と他の共有者との関係にも妥当し、第三者の占有がこれを承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で、第三者も共有物を占有使用する権原を有するので、占有使用を承認しなかった共有者は第三者に対して当然には明渡を請求することは出来ないとし、「第三者の占有使用を承認した原因が共有物の管理又は処分のいずれに属する事項であるかによつて結論を異にするものではない」としている。

この判決が、第三者との使用貸借契約が共有物の管理行為なのか処分行為に当るのかによつて結論を異にするものではないとする点は、そこだけを読むと私見と一致しており、正当なようにも見える。しかし、この判決は使用貸借契約に同意していない共有者の利用持分が侵害されている点を見落しており、この点で重大な誤りを犯しているといわざるをえない。

つまり、この判決の構成は、共有者間で共有物の使用方法について協議がないまま、共有者Aが共有物を占有使用している場合、共有者BはAに対して明渡を請求しえない以上、Aから借り受けた第三者Cに対しても明渡の請求はなしえないとするものであり、この論理の前半部分が承認される限り、当然に後半の結論が導き出されと考えている。したがって、最高裁としては極めて単純明快で、疑問の余地のない論理展開をしていると考えているであらう。しかし、Aがどのような権利ないし権限に基づいて第三者Cに共有物の占有使用を認めたのかを問題にすることなく、共有者相互間においては共有物の使用方法について協議が調う前は共有物の引渡を請求しえないとす

昭和四一年判決を、少数持分権者の同意を得ぬまま第三者と使用貸借契約を結び、彼に占有使用させた場合にも、そのまま援用するのでは、共有地に地上権を設定する場合を処分行為と解し、賃借権を設定する場合には、民法六〇二条の期間を基準にして、管理行為か処分行為としている従来<sup>(三三六)</sup>の立場と整合しただけでなく、Bの利用持分に対する侵害を自覚しえなくしている。

というのも、昭和六三年判決の前半部分、<sup>(三三七)</sup>ということは昭和四一年判決がすでにAによるBの利用持分の侵害を見落しているからに他ならない。つまり、民法上の共有にあつては管理（利用）共同体が擬制され、共有物の処分権能を除けば、他の諸権能はこの共同体に帰属する平面、各共有者は利用持分を有するとはいえ、持分の過半数によって使用方法が決められない限り、右の利用持分は抽象的な権利に止まり、具体的な内容をもつ権利ではない。したがって、いずれの共有者も独断的に使用すれば、管理（利用）共同体の管理・使用権能を侵害し、他の共有者の利用持分を侵害することになる。それは、その使用が共有物の用法に従ってなされていようと同じことである。ただし、他の共有者の利用持分を無断で排除していることに変わりはないからである。<sup>(三三九)</sup>

あるいは、このような考え方に対しては、民法二四九条を無視するものではないかという疑問が生じるかもしれない。しかし、本条は管理（利用）共同体を認める立場からは当然の規定であつて、特別の意義を有するものではない。けだし、共有者は利用持分を有する以上、共有物をその用法に従つて使用しうるのは当然であるが、共有者間の協議により使用する順位しか決めていない場合、使用の比率は持分を基準にして決すべきことは、公平の觀念上、当然だからである。したがって、本条に意義があるとすれば、共有の本質に関して分量説が支配的であつた民法制定当時、持分、即ち何分の一の所有権でも共有物全体について使用しうることを念のために明文化したという点にある。<sup>(三四〇)</sup>

要するに、共有者が共有物を使用するためには、使用の順位と比率を決めて、抽象的な利用持分の内容を具体化



する必要がある。利用持分の内容が具体化されている場合には、各共有者は自己の利用持分の範囲内で、共有物を使用するなり第三者に使用させることができる。しかし、共有物の使用順位や期間などの具体的な使用方法を決めないまま、一部の共有者が独断で使用したり、第三者に使用させることは、たとえ多数持分権者といえども他の共有者の利用持分を侵害する行為である。したがって、昭和六三年判決が「第三者の占有がこれを承認した共有者の持分に基づく認められる限度で」というのは、共有者の利用持分（共同体構成員としての持分）が具体化された限度でと解すべきであり、抽象的な共有持分の限度でと解すべきではない。

注（三三） 最判・昭和六三年五月二〇日・判時一二七七号一六頁。本件の評釈・解説として、富越和厚「共有者の一部の者から共有物の占有使用を承認された第三者に対するその余の共有者からの明渡請求の可否」ジュリ九一八号（一九八八年）七八頁以下、早川眞一郎「共有者の一部から共有物の占有使用を承認された第三者に対する明渡請求の可否」法教一〇一〇号別冊（一九八八年）一七頁、上谷 均「共有者の一部から占有使用の承認を受けた第三者の地位」民商一〇〇巻三二号（一九八九年）一二九頁以下、原田純孝「一部共有者の意思に基づく共有物の占有使用とその余の共有者の明渡請求」判タ六八二号（一九八九年）五九頁以下、鎌田 薫「共有者の一部の者から共有物の占有使用を承認された第三者に対する明渡請求の可否」ジュリ九三五号・昭和六三年度重要判例解説（一九八九年）六四頁以下。

注（三四） 最判・昭和四一年五月一九日・民集二〇巻五号九四七頁。本件の評釈・解説として、吉野・前掲〔注二二三〕六頁以下、谷田貝・前掲〔注三三四〕一〇七頁以下、品川・前掲〔注三三四〕八七頁以下、奈良次郎「共有物の持分の価格が過半数をこえる者が共有物を単独で占有する他の共有者に対して共有物の明渡請求をすることができるか」法曹時報一八巻七号（一九六六年）一四二頁以下、金山正信「共有物の持分の過半数を有する者は共有物を占有する他の共有者に対し明渡請求権を有するか」判評九六号（一九六六年）七頁以下、星野英一「持分の十二分の一を有し共同相続財産に属する家屋に居住する相続人に対する他の共同相続人全員からの明渡請求は当然には認められず、明渡を求める理由の主張立証が必要であるとして棄却された事例」法協八四巻五号（一九六七年）八九頁以下。なお、柚木・高木・前掲〔注二三〕五二五頁は、本件は遺産分割の問題であり、民法二五二条の適用はなく、使用方法の決定は全員一致を要するとされる（同旨、星野・前掲九六頁）。

（三五） 最判・昭和五十七年六月一七日・判時一〇五四号八五頁は、分割前の共同相続財産に属する土地の一部を一部の共同相続人

（三五） 最判・昭和五十七年六月一七日・判時一〇五四号八五頁は、分割前の共同相続財産に属する土地の一部を一部の共同相続人

の同意なしに他の共同相続人（多数持分権者）が第三者に売却し、買主が建物を建てたので不同意の共同相続人が建物収去・土地明渡を請求した事件で、これと同趣旨の判断をしている。

本件の評釈として、石田喜久夫「多数持分権者からの買主に対する少数持分権者の返還請求」判タ五〇五号（一九八三年）三七頁以下。

（三六） 山田・前掲「注一二」判タ六四一号四七頁は、持分過半数の者から第三者が占有使用を承認されているとき、他の共有者は明渡を求めえないという判例の準則は、民法二五二条本文から導き出せるように思われるが、最高裁は同条に依拠していないとされる。

（三七） 前掲「注三一四」参照。

（三八） 前掲「注三二六」参照。

（三九） 山田・前掲「注一二」判タ六四一号四八頁は、判例は共有者間の紛争については占有の現状を變動させないが、その背後には、法的に積極的に支持しえない占有の現状は、共有物の分割によつて解消すべしという共有の理解があるとされる。

（四〇） 結果同旨、吉野・前掲「注二三」一三頁以下。但し、吉野判事は共有者相互間における妨害の例として共有の私道をあげ、私道や区分所有建物の共有の敷地を「共有の存続が強制される共有物」とされるが、第四章で検討するように、これらの共同所有物は単なる共有ではなく、互有ないし合有と解すべきではないかと考えるので、判事の設例は適切でないように思われる（結果同旨、奈良次郎「共有物分割訴訟と遺産分割手続との異質性」三ヶ月章先生古稀記念・民事手続法の革新 中巻「有斐閣・一九九一年」六五五頁）。

（四一） 梅・前掲「注二三」一九二頁以下、松波ほか・前掲「注二三」六四一頁以下参照。

一二 第一〇節で紹介したように、判例は共有物の賃貸借につき、民法六〇二条の期間を越えない場合に限り、これを管理行為と認め、右の期間を越える場合には処分行為に当るとしている。しかし、民法六〇二条の期間が、なに故に共有物の賃貸借を管理行為か処分行為かと判断する基準になるのであるうか。この点について、判例の理論的根拠は必ずしも明確ではないが、長期の賃貸借は共有者が使用できなくなるという点において、処分行為と同視すべきだとするものであらうと解釈されているが、この捉え方は判例の解釈として、おそらく妥当なものであらう。

けだし、前掲「注三二六」の昭和三九年東京地裁判決は「民法六〇二条の趣旨は、質貸借の期間があまりに長いと実際の利害関係において処分行為に類似してくるところから、一定の期間を定めてそれ以内の質貸借契約は管理行為とし、それを越えるものを処分行為として、管理の能力乃至権限はあるが、処分の能力乃至権限のないものなす質貸借契約について基準を定めんとするにあるが、この趣旨は共有物を第三者に質貸するという共有者各自の利害を十分に考慮すべき場合に当然推し及ぼさるべく、前記期間を越える質貸借契約の締結は管理行為ではなく、処分行為の範疇に属すべきものというべきである」としているからである<sup>(三三三)</sup>。しかし、民法六〇二条の期間を基準にして、管理行為と処分行為を区別する判例や一部の学説の立場は、そのような表面的な理由のみによるものではなく、より本質的な原因は別にあるように思われる。というのは、共有物の処分と管理や、管理と保存の限界づけは困難であるとされているが、これに加えて共有物の処分と持分権ないし利用持分の処分の区別・連関づけが明確ではないために、無反省に民法六〇二条に依拠し、これを形式的な根拠づけに利用しているにすぎないのではないか、という疑いがあるからである。

なぜなら、民法六〇二条にいう「処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者」とは、準禁治産者（民一二条一項九号）や不在者の財産管理人（民二八条）、代理権の範囲について定めのない任意代理人（民一〇三条）、後見監督人のある場合の後見人（民八六四条）、相続財産の管理人（民八九五条二項・九一八条三項・九四三条二項・九五〇条二項・九五三条）などを指すが、これらの条項は行為能力や代理権ないし代表権の範囲を限定する趣旨の規定である。これに対して、共有者相互の関係においては、行為能力とか代理権の範囲が問題となっていないのではなく、共有物の管理や処分に関する共同体の意思決定の方法と効果が問題になっているのであり、民法六〇二条とは何ら関係のないことである。

のみならず、共有者と権限の定めなき代理人などの財産管理人との間では、管理行為と処分行為の区別・連関性

にも違いがある。つまり、民法一〇三条に關しても、起草者は管理行為と処分行為を對立概念とする立場であつたとされているが、<sup>(三四五)</sup> 権限の定めなき代理人などの管理権は本人の財産全体の現狀を維持するための処分行為を含むとされ、腐敗した物の処分のみならず、債務の弁済や時効の中断、登記の如きも含まれる。<sup>(三四六)</sup> したがつて、ここでは管理行為と処分行為の區別よりも關連性の方が重きをなしており、物の保存のみならず權利の保存が含まれている。これに對して、共有物に關しては、腐敗した物の廃棄処分や腐敗し易い物の売却処分が保存行為として認められるとはいへ、共有物の管理共同体と処分共同体とは、その存在目的を異にしており、管理共同体は原則として処分権限は有しておらず、管理と処分の關連性よりも區別の方が重きをなしている。<sup>(三四七)</sup> しかも、共有物の保存はあくまでも物の保存が問題であつて、時効の中断や登記のような權利の保存は含まれないとする私見からすれば、共有物の保存・管理概念と他人の財産の保存・管理概念の間には共通性も見られるが、それ以上に差異性が見られることの方が重要である。

というのも、財産管理人や代理人の活動権限に關する規定と共有者間における共有物の管理をめぐる利害調整のための規定は、その目的を異にしているからである。とすれば、前者に屬する六〇二条の期間を基準にして、共有物の賃貸借が管理行為か処分行為かを區別することに合理的な根拠が見出せないのは當然である。それにも拘らず、民法一〇三条や六〇二条の解釈を無反省に共有規定の解釈に転用した結果、ただでさえも不明瞭な点の多い共有理論に一層の混亂をもたらしているように思われる。

共有物の賃貸借は、一時的に行うものであれ継続的に行うものであれ、共有者の共同事業として行われるものであれば、持分権の部分的ないしは全面的な処分（出資）を伴うものである。とすれば、六〇二条の期間を越えるか否かを問わず、共有物の管理行為の範圍内に止まるものではありえない。したがつて、六〇二条のほかは諸事情を総合して判断すれば、管理行為に當る場合がある、<sup>(三四九)</sup> といえるかは疑わしい。

注(三三) 塩崎・前掲[注三一]三八頁。

(三四) 因に、前掲[注三三]の昭和三十六年大阪地裁判決は、民法六〇二条が土地について五年を越える賃貸借は処分行為と同視して取扱っている法の趣旨を考え併せば、借地法の適用ある賃借権(借地権)或は民法六〇二条の期間をこえる賃借権が設定された場合、所有者自らの使用権能は半永久的に、又は相当長期間に亘り制限されることになり、その結果、所有権はその性質を変更するもの、従って、かかる借地権の設定行為は民法一〇三条二号によっても許されないとする。民法六〇二条の立法趣旨については、幾代 通編・注釈民法(5)再版・増補[有斐閣・一九六七年]一四九頁以下[望月礼二郎]。

(四五) 於保・前掲[注三一]一二九頁、塩崎・前掲[注三一]三七頁。なお、於保・前掲[注三〇九]七頁以下、新田・前掲[注六]法研五九卷一一号一四八頁。Vgl. Emmeerus-Lehmann, a. a. O. [N. 8], S. 766; Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 4 zu §§ 744, 745 (S. 863); Esser, a. a. O. [N. 22], S. 745.

(四六) 於保不二雄編・注釈民法(4)[有斐閣・一九六七年]四八頁[浜上則雄]。

(四七) 浜上・前掲[注三四五]四九頁、舟橋諄一・民法総則[弘文堂・一九五四年]一三〇頁、谷口知平編・注釈民法(1)[有斐閣・一九六四年]二六九頁以下[遠田新一]、我妻 栄・新訂民法総則[岩波書店・一九六五年]三三九頁、川島武宜・民法総則[有斐閣・一九六五年]三四三頁、幾代 通・民法総則[青林書院新社・一九六九年]三三九頁。

(四八) 共有物の管理を広く解し、変更や処分を含める見解もあるが、この点については、前掲[注一五〇]参照。

(四九) 反対・三瀨・前掲[注二三]一三七頁以下、中島・前掲[注三三]四四七頁、横田・前掲[注八]三九二頁以下、田島・前掲[注二四]一八九頁、近藤・前掲[注二四]要義八三八頁、勝本・前掲[注二四]一五一頁。

(五〇) 塩崎・前掲[注三一]三八頁。なお、桑原・前掲[注一二八]四八頁によれば、大判・昭和六年六月二日・大審院裁判例五号九九頁は、土地共有者の一部が共有地を顧みないために他の共有者がその土地を使用賃借または賃貸借することは、特別の事情がない限り、管理事項に当るとする由である。しかし、このような場合には、共有者全員の合意の下に共同して第三者に貸すか、持分の過半数の同意の下に管理人を置くなり、共有地の使用方法を定めて自己の利用持分の範囲内で第三者に使用させるなり、共有物の分割を行うほかはないのではあるまいか。

## 共有と合有(四)

一三 共有物の賃貸借に関して、さらに疑問に感じる点は、賃貸借契約の解約を單純に共有物の管理行為に当ると解している点である。というのは、共有物の賃貸借契約の解約が共有物の管理行為に当るとする判例は、共同相続

に関する事例であるが、共同相続財産の賃貸借といつても、相続が生じる以前に既に被相続人が賃貸している物件に対する権利とともに賃貸借契約関係を共同相続した場合と、共同相続人が相続財産を共同して賃貸する場合とは事情を異にしているが、この違いが賃貸借契約の解約に反映するの否かを検討する必要があるからである。

つまり、後者の場合には共同相続人の間で相続財産を賃貸するという共同事業が営まれており、この共同事業を行うために必要な限りにおいて、各相続人は持分を出資して共同事業体を形成した上で、賃貸借契約はこの共同事業体の業務執行として行われる。したがって、賃料の取立や賃貸借契約の解約も共同事業体の業務執行として行われるのであつて、共有物の管理行為として行われるわけではない。<sup>(三五二)</sup>この点は、賃貸事業を営むために複数人が金銭出資をした上で、賃貸用の物件を購入し、これを第三者に貸す場合と異なるところはない。もし違いが生じるとすれば、金銭出資による場合には賃貸物件に対する所有権は共同事業体に帰属し、出資者は共有持分ではなく、配当請求権などの源泉となる総持分と業務執行権を有するのに対して、相続財産を賃貸する場合に各相続人が持分権そのものを出資するのではなく、持分権に内在する使用権能のみを出資したのであれば、共同事業体は賃貸物件に対する所有権を取得しない点にある。また、金銭出資による場合には、共同事業体の賃貸用物件の購入やその賃貸は商行為（商五〇二条二号）となる点において、相続財産を共同して賃貸する場合とは異なってくる。

さて、既に被相続人が賃貸している物件を共同相続した場合には、共同相続人はその物件に対する所有権のみならず、賃貸人たる地位を承継して賃貸借契約関係の当事者となる。とはいえ、共同相続人の間で賃貸事業を共同して行う意思が形成されない限り、彼らの間には遺産を分割するための共同関係しか存在しないはずである。とすれば、この場合、賃貸借契約の解約は単なる共有物の管理行為として行うことになるのであろうか。

しかし、既成の賃貸借契約が継続している間は、共同相続人は賃借人との関係においては、被相続人と同一の賃貸人たる地位に立たざるをえない。つまり、賃貸事業を共同で営まざるをえないことは、個人企業を共同相続し共

同で経営する場合に似ており、共同相続人が相続財産を利用して賃貸事業を行う場合と変りはない。尤も、共同相続人が全員の合意に基づいて賃貸事業をする場合には、相続財産の利用方法を自らの意思で決め、賃貸事業共同体を形成するのに対して、既に賃貸されている物件を共同相続する場合には、その物件の利用方法は被相続人によって決められており、そのような物件を共同相続することによって、その契約が継続している間は賃貸事業を共同して経営することを強制されている。つまり、賃貸事業共同体の形成を強制されているわけである。したがって、その限りでは、区分所有建物の性質上、区分所有者団体の成立が擬制される（区分三条）のと似た側面がある。

それでは、共同事業体の本質を成す共同事業意思を形成していない共同相続人の間に、どのような根拠に基づいて、賃貸事業共同体の成立を認めることができるのであろうか。それは、共同相続人は単に賃貸物件の所有権や賃料債権、賃貸する債務を個別的に承継することに止まらず、これらが組織的に一体となった賃貸財産（収益を生み出す事業財産）を承継しており、これを承継することによって当然に賃貸事業者たる地位につき、たとえ相続人の間に共同して事業を営む意思がないとしても、全員で一個の賃貸事業活動権を有することになり、この共同事業体を解体しない限りは、共同で事業を営まざるをえないことになる。とすれば、この場合にも賃料の取立てや賃貸借契約の解約は、共同事業体の業務執行としてなされるのであって、共有物の管理行為として行うわけではない。

あるいは、既成の賃貸借契約の終了によって、この擬制的な賃貸事業共同体も終了し、賃貸していた物件も通常の共有物へと転化しうるのであるから、解約は共有物の管理行為と解してもよさそうに見える。しかし、解約が共有物の管理に連がるとはいえ、それはあくまでも解約の結果としてのことであり、解約それ自体は人と人との契約関係の解消であって、共有物そのものを管理する行為ではない。<sup>(三三三)</sup>とすれば、解約の意思は、賃貸事業者としての共同相続人の間に別段の合意がない限り、組合の法理に従って頭数による過半数で決定する（民六七〇条一項）ことになるのであろうか。しかし、この賃貸事業共同体は相続人の意思で形成されたものではなく、賃貸物件を相続し

たことによる擬制的な共同事業体にすぎない。したがって、この場合には共同事業者間の協調という面よりも、相続財産の承継という面を重視して、相続分を基準にした多数決によって決めるのが妥当であろう。<sup>(三五四)</sup> そして、質借人に対する解約の意思表示は組合の対外的業務執行として、別段の取り決めがない限り、各相続人が単独で行うことができる、民法五四四条一項の適用がないのは当然である。<sup>(三五五)</sup>

因に、質貸借契約関係が共同相続された場合、質貸する債務が不可分債務であることに照応させて、質料債権は不可分債権であるとするのが判例の立場である。<sup>(三五六)</sup> しかし、共同相続人の間に質貸事業共同体が擬制されると解する私見では、債権、債務ともにこの団体、即ち共同相続人全員に合手的に帰属し、組合の業務として債務を履行し、債権を取立てることになる。したがって、質料の取立ては共有物の管理行為<sup>(三五七)</sup>でもなければ、保存行為<sup>(三五八)</sup>でもなく、擬制的な質貸事業共同体の対外的業務執行行為として、各相続人が単独で行いうる。

なお、右の質料債権の問題は、所有権、したがって共有持分権に内在する諸権能の一つである「収益」権能を、どう理解するにかかわる問題である。従来の学説は、この「収益」に天然果実の取得と並んで、地代や家賃のような法定果実の取得をもあげているが、所有権の現象形態としての収益権能は所有者と所有物との直接的な関係であって、債権者と債務者という人と人との関係は含まれない。このような人と人との関係が生じるのは、所有者がその所有物を第三者に使用させる契約を結ぶからであるが、この契約の締結は所有権の帰属を基礎にするとはいえ、所有権そのものの作用・効果ではなく、所有者たる人の実体をなす生存活動権<sup>(三六〇)</sup>（ないしは企業の実体をなす営業活動権<sup>(三六〇)</sup>）の具体的な発動である。したがって、所有権の現象形態である収益権能は天然果実の取得に限るべきであり、法定果実の取得は債権の現象形態である給付受領・保持権能<sup>(三六一)</sup>として区別すべきである。

注 (三五〇) 山田・前掲「注二」判タ六四一号四七頁以下。因に、山田・前掲「注八」法協一〇一巻二号四五頁、同・前掲「注八

七」法協一〇二巻一号一〇四頁、同・前掲「注九」法協一〇二巻七号一三三頁は、共有理論が形成される際に参照された判



例は共同相続に関するものが多く、共有物の使用・管理に関する判例には共同相続の事案が多いことに注意を促している。  
 (三二) Ähnlich: Flume, a. a. O. [N. 55], ZHR 136, S. 204ff.; Derselb, a. a. O. [N. 55], Allg. I, S. 115f. dagegen: Huber, a. O. [N. 17], Rz. 7 zu § 743 (S. 65).

なお、我妻・前掲〔注九七〕七五一頁は、共同所有当事者の目的が共同所有財産を経済的手段として継続的な事業を経営することである場合には、組合關係が成立するとされる。

因に、質貸借契約や解約を管理行為とするドイツの通説〔前掲〔注三二四〕・〔注三二五〕参照〕は、質料の取立てでも管理行為とする (Enneccerus-Lehmann, a. a. O. [N. 8], S. 765; Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 2 zu § 744 [S. 246]; Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 9 zu § 743 [S. 66]; Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 5 zu §§ 744, 745 [S. 863]).

(三三) 相続財産中に営業が含まれているときは、その営業に関しては、各共同相続人は、その相続分を出資して営業をなす組合員と同様の法律上の地位に立つ (近藤英吉「共同相続の本質と営業の共同相続」法叢三五卷二号「一九三六年」三八〇頁、野本三千雄「共同相続財産の管理」山島正男・泉久雄編・演習民法(親族・相続)〔青林書院新社・一九七二年〕四一八頁、猪瀬・前掲〔注一九一〕一一頁。なお、我妻・前掲〔注九七〕七五二頁)。

因に、西ドイツ連邦通常裁判所は、個人事業が共同相続された場合、相続人共同体は組合類似の団体性を帯びることから、合名会社の規定を準用している (大野正道「西ドイツ有限会社法における企業承継(1)」富大経済論集二九卷二号「一九八三年」一八二頁以下、同「株式・持分の相続準共有と権利行使者の法的地位」鴻常夫先生還暦記念論文集・八十年代商法の諸相〔有斐閣・一九八五年〕二四九頁)。

(三四) a 企業ないし事業体の内部構造を本質―実体―現象形態の三次元に区別・連関づけて捉える私の方法については前掲〔注三二〇〕参照。

(三五) 因に、山田・前掲〔注一二〕判タ六四一―号四六頁は、共有成立前(共同相続前)の質貸借契約を過半数以下の持分権では終了させえないことは民法二五二条より導きうるとされるが、これは共有物の管理の問題というよりも、質貸事業共同体の意思決定の問題ではあるまいか。

(三六) 同旨、前掲〔注三三二〕の近藤・三八一頁、野本・四一九頁、猪瀬・一二頁。なお、既成の質貸借契約が終了した後新たな質貸借契約を締結した場合には、擬制的な共同事業体ではなく、真正の共同事業体が形成されており、組合法理を適用すべきであろう。

(三七) 判例は、質貸借契約の解約は共有物の管理行為だから、民法五四四条一項の適用はないとする。最判・昭和三十九年二月二

五日・民集一八卷二二三九頁（本件の解説・評釈として、枅田文郎「共有物を目的とする貸借契約の解除と民法五四四条第一項の適用の有無」法曹時報一六卷四号（一九六四年）一〇七頁以下、加藤正男「共有物を目的とする貸借契約の解除と民法五四四条第一項の適用の有無」民商五一卷五号（一九六五年）一二七頁以下、星野・前掲〔注三二五〕一七一頁以下）、東京地判・昭和三〇年五月二三日・下民集六卷五号一〇一五頁、名古屋高判・昭和五二年五月三〇日・判タ三五九号二五〇頁。

なお、解約の意思決定と意思表示を区別する見解として、谷口・前掲〔注三二五〕八二頁、川井・前掲〔注三三三〕三二六頁、塩崎・前掲〔注三二二〕三九頁、猪瀬・前掲〔注一九二〕八頁以下、山中康雄「履行遅滞による解除」総合判例研究叢書・民法⑩「有斐閣・一九五八年」一〇二頁、星野英一・借地借家法「有斐閣・一九六九年」一五六頁以下。

〔三三〕 東京地判・昭和四五年七月一六日・判時六一三三六九頁、東京地判・昭和四七年一二月二二日・判時七〇八号五九頁。

なお、塩崎・前掲〔注三二二〕三八頁は、共有物の賃料債権を不可分債権とすること、共有物の売却代金債権を分割債権と解する判例（最判・昭和五二年九月一九日・判時八六八号二九頁）理論と整合するかどうか疑いがないわけではないが、私見では共有物の賃貸も売却も共同事業であり、いずれの債権も一旦は共同事業体に帰属する。

因に、ドイツでも共有物の賃料債権は不可分債権（下民四二三条）とするのが通説である。ドイツの学説については、Larenz, a. a. O. [N. 8], SR II, S. 324; Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 3 zu § 743 (S. 244); Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 5f. zu § 743 (S. 64f.); Palandt-Thomas, a. a. O. [N. 86], § 743 Anm. 1 (S. 732); Schulze-Osterloh, a. a. O. [N. 47a], S. 36f. u. 52f.; Merle, a. a. O. [N. 137], S. 125f.

〔三三〕 猪瀬・前掲〔注一九二〕八頁。なお、民法一〇三条に関して、川島・前掲〔注三四六〕三四四頁。

〔三五〕 塩崎・前掲〔注三二二〕三八頁。なお、民法一〇三条に関して、幾代・前掲〔注三四六〕三三九頁。

〔三五〕 前掲〔注三二二〕の梅・一〇二頁、富井・一六六頁、松波ほか・四四九頁、岡松・一三七頁・一四五頁・一四八頁、三浦・五四頁、中島・三〇三頁・四四一頁、横田・二七六頁・三八六頁・三九四頁、松岡・三〇九頁、末川・二七六頁、柚木・四〇六頁、柚木・高木・四四二頁、林・一一〇頁。前掲〔注六〕の我妻・有泉・二七〇頁、新田・講義二二四頁、稲本・二六五頁、高島・物権法制一九四頁。我妻・前掲〔注七〕物権法一七三頁。Vgl. Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 5 zu § 743 (S. 244); Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 2 zu § 743 (S. 64); Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 1 zu § 743 (S. 854); Palandt-Thomas, a. a. O. [N. 86], § 743 Anm. 1 (S. 731).

〔三六〕 前掲〔注三二〇〕参照。

(三六) 債権の論理構造は、給付を求める意思(本質)——請求力・訴求力・執行力(実体)——給付を受領し、保持する権能(現象形態)という三つの次元に区別・連関づけて把握すべきではないかと考えているが、その本格的な論証は今後の課題である。

一四 共有者相互間における、文字どおり最後の法律関係として、共有物分割の問題がある。協議による分割については、既に第二章一〇節以下で触れたので、本節ではそこで言及しなかった問題、とりわけ協議による分割と裁判による分割の関連性にかかわる問題を中心に検討したい。

さて、共有の本質的メルクマールとか、本質的属性とされる共有物分割請求権の法的性質については、分割を欲する共有者が分割につき他の共有者に対して、その同意を求めるために有する請求権とし、分割の訴の申立は被告に対して原告の表示する分割方法に従い分割の同意をなすべき旨の判決を求める給付の訴と解する説も見られたが、これを形成権と解し、分割の訴を形成の訴とするのが通説である。<sup>(三六三)</sup>

この通説によれば、分割請求という裁判外の一方的意思表示によって、共有者間に何らかの方法で具体的に分割を実現すべき法律関係を生ぜさせ、この法律関係の効果として各共有者は分割について協議する義務を負担し、協議が調わない場合には、右の法律関係の効果として分割請求の訴を提起しうるとされる。<sup>(三六四)</sup>つまり、共有者は一部の共有者の分割案に同意すべき義務はないし、かといって他の共有者が協議に応じない場合には間接強制という手段しかないが、このような手段に訴えても分割協議が調う保障はない。<sup>(三六五)</sup>しかし、分割協議が調わなければ、共有関係からの離脱を望む共有者の持分権は管理共同体の拘束に服したままとなり、一個・独立の所有権として解放されえない。<sup>(三六六)</sup>したがって、このような場合には、当事者の自治能力を補うために裁判所の手を借りるほかはないが、その手段が分割請求の訴であり、裁判による分割であるという位置づけをするのが通説の理解である。

このような通説の理解に対して、川島博士は、民法二五六条の分割請求権は裁判所による分割という法律関係の形成を内容とするという意味の形成権であつて、本条は裁判外における分割請求権を規定したものではないとされる。つまり、川島博士によれば民法は裁判規範であるから、二五六条も裁判所における分割請求権に関する規定であり、共有者が裁判外での分割の協議をするのは、このような訴権の存在によつて事実上強制されているからであつて、その協議が調えば一般の合意と同様に契約自由、ないし私的自治の原則にもとづいて、その効果が認められるにすぎないとされる。<sup>(三六七)</sup>

なるほど、民法は裁判規範として制定されたものではあるが、二五六条一項本文も裁判上の分割請求に関する規定であると解するならば、これとは別に二五八条を設け、しかも「協議調ハサルトキハ」裁判による分割を請求しうるとしている点を合理的に説明しえないであらう。<sup>(三六八)</sup>のみならず、裁判による分割は裁判外における当事者の自治的解決能力を補うものであり、<sup>(三六九)</sup>当事者の自治的解決が出发点にあるとすれば、<sup>(三七〇)</sup>裁判による分割という手段が存在することに強制されて裁判外の協議がなされていると見るのは本末転倒しており、川島博士の社会学的法律学の精神に反した考え方ではあるまいか。

裁判外の協議による分割と裁判による分割の関係を通説のように理解するとすれば、従来の学説のように裁判外における協議不調を分割の訴の前提要件とする場合は勿論のこと、最近の学説がいうように事前の協議に重点を置く必要はないとしても、<sup>(三七一)</sup>少なくとも裁判外における協議の不調が訴権の要件であるのであれば、<sup>(三七二)</sup>二五八条は裁判外における分割協議が成立するに至っていない状況を打開するための規定ということになる。そして、二五六条一項本文は共有関係には分割請求権、即ち共有持分権を管理共同体の拘束から解放する権利を伴うという当然のことを確認しているにすぎず、裁判規範としての本条の意義は一項但書と二項にあると解すべきである。<sup>(三七四)</sup>

注(三六三) 松岡・前掲[注二二]六一四頁・六二八頁以下。因に、ドイツ民法七四九条は持分共同体の廃止を請求する権利としてお

り、通説は法文どおりに請求権と解し、給付の訴と解しているが、形成権の行使により共同体は解散段階に入るとする少数説がある (Esser-Schmidt, a. a. O. [N. 8], S. 634. dagegen: Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 23 zu § 749 [S. 151]. Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 18 zu § 749 [S. 907]. 以下に對し) Latenz, a. a. O. [N. 8], SR II, S. 325 Fn. 1 はヘッサーの構成は法文には反するが、事態には合っているとする。なお、この問題につき、山田(晟)・前掲[注三三]四二九頁)。

(六三)

前掲[注三三]の三瀧・一五二頁、川名・一二九頁、末川・三七頁、柚木・四八六頁、柚木・高木・五三二頁、林・一九三頁、末川・前掲[注一三四]二九二頁、末広・前掲[注二四]四三〇頁以下、同「共有物の分割請求権と分割の訴え」民法雑誌 上巻「日本評論新社・一九五三年」二七四頁以下、加藤正治「共有物分割の訴」判例民事法 大正一三年度「有斐閣・一九二六年」四六七頁、同「共有物分割ノ訴ノ構成及ヒ其ノ訴係屬中共有權讓渡ノ効力」前掲[注二六二]第二卷三五頁以下、前掲[注六]の我妻『有泉』三三一頁、新田・講義二二六七頁、稲本・三二二頁、高島・二二三頁。前掲[注七]の我妻・物權法二二一頁、舟橋・三八九頁、石田(文)・前掲[注八]物權法論四九六頁以下、前掲[注二四]の田島・一九五頁・一九六頁、近藤・物權法論八四頁、勝本・一四九頁、石田(喜)・物權法八一頁、松坂・一二〇頁、山下・前掲[三〇]五八頁。

(三四)

舟橋・前掲[注七]三八九頁。なお、我妻・前掲[注七]物權法二二二頁、我妻『有泉』前掲[注六]三三二頁、末川・前掲[注一三四]二九二頁以下、林・前掲[注三三]一三九頁。

(三五)

同旨、末川・前掲[注一三四]二九三頁、池田寅二郎「共有物ノ分割」法協二六卷二号(一九〇八年)五六頁以下。

(三六)

末広・前掲[注二四]四三一頁は、分割協議不調のときは分割請求の意思表示は何の効力もないとされる。同旨、石田(文)・前掲[注八]物權法論四九九頁。

(三七)

川島・前掲[注三三]一四一頁以下。一部同旨、川井・前掲[注三三]三三四頁、広中・前掲[注六]四四一頁。

(三八)

舟橋・前掲[注七]三九〇頁。なお、上田誠一郎(史料)「共有法(四)」民商一〇七卷二号(一九九二年)一二九頁によれば、民法起草委員・富井博士は民法二五六条は必ずしも裁判所に請求することを得という意味ではなく、他の共有者に対する権利を定めた規定とされている。

(三九)

末弘・前掲[注三六三]雑誌帳上二七九頁、広中・前掲[注六]四四〇頁は、二五八条一項の立法趣旨は当事者に代つて裁判所が分割を行うことにあるとされる。

(四〇)

二五八条一項の「協議調ハサルトキ」について、判例は協議をしたが不調に終わった場合だけでなく、協議を開始しえない場合をも含めており、学説もこれを支持している。大判・明治四〇年四月一二日・民録二三輯四三三頁、大判・昭和一三年

四月三〇日・新聞四二七六号八頁、最判・昭和四十六年六月一八日・民集二五卷四号五五〇頁（本件の解説として、柳川俊一

「一 民法二五八条一項にいう『共有者ノ協議調ハサルトキ』の意義 二 共有物分割訴訟と持分譲受の登記」法曹時報二三卷一二号「一九七一年」二六五頁以下、玉田弘毅「共有」谷口知平編・加藤一郎編・新版判例演習 民法2物権「有斐閣・一九八二年」一五一頁以下、前掲「注六」の我妻有泉・三三二頁、新田・講義2二六七頁、稲本・三三三頁、広中・四四二頁、星野・概論II一四〇頁。前掲「注七」の我妻・物権法二二二頁、舟橋・三九〇頁以下。前掲「注三三」の末川・三一七頁、柚木・四八八頁、柚木・高木・五三三頁、林・一三九頁。田島・前掲「注二四」一九六頁、川井・前掲「注三三」三四二頁。

(三七) 富井・前掲「注三三」一七七頁、末広・前掲「注二四」四三七頁・四三八頁、加藤・前掲「注三六三」第二卷四二頁、山下・前掲「注一三〇」六三頁、石田（文）・前掲「注八」物権法論五〇〇頁、末川・前掲「注一三四」二九三頁・二九五頁・二九七頁、舟橋・前掲「注七」三九〇頁。

(三七) 川井・前掲「注三三」三四二頁、奈良・前掲「注八」二八六頁・三三三頁、玉田・前掲「注三七〇」一五五頁、田中恒朗「遺産分割手続の前提問題」現代家族法大系5「有斐閣・一九七九年」四六頁注(14)。

(三七) 柳川・前掲「注三七〇」二六七頁。同旨、田中・前掲「注三七二」四〇頁以下・四六頁注(14)、奈良・前掲「注八」二八六頁以下・三三二頁以下・三四〇頁。

(三七) 同旨、山中・前掲「注八」六〇頁（但し、五年以内という不分割期間に関する制限は立法論的には妥当を欠くとされ

一五 ところで、右の川島説に同調する立場から、分割請求権は持分権に基づく請求権であり、一種の物権的請求

権であるとする見解が主張されている。<sup>(三七五)</sup> この説は、(1)分割請求権を形成権ということから生じる実益はほとんどな

いし、(2)通常の形成権のように意思表示だけで実体上の法律関係が形成されることはなく、(3)分割請求権は共有関係から派生し、所有権の具体化を志向する権利であるから、通常の形成権のように消滅時効にかかることもない、<sup>(三七六)</sup> という理由をあげている。

なるほど、共有物分割請求権を組合員の脱退権（民六七八条。なお、商八四条）と比べれば判るように、後者の権利を行使すれば持分払戻請求権（民六八一条。なお、商八九条）を発生させるが、共有物分割請求権を行使しただけでは財産法上の具体的効果が直ちに発生するわけではなく、その点では組合解散請求権（民六八三条。なお、商一二二条）と似た側面の方が強い。というのは、組合事業を継続するために、脱退組合員に対する持分払戻は金銭による払戻を原則としており、組織的一体としての組合財産を現物分割するわけではないからである。しかし、その反面、脱退組合員は持分払戻のための一部清算手続には参加しえない。他方、組合解散請求の場合には、他の組合員が解散する必要はないと考えていけば、清算の手続に入らないであろうと思われるが、まずこの点が共有物分割請求の場合と共通している。そして、一部の組合員による解散請求が他の組合員によって受け容れられると清算手続に入り、残余財産を現物分割せんとすれば組合員全員の同意を必要とする（商二七一条一項参照）。したがって、現物分割に関する協議が調わなければ分割案も確定せず、残余財産分配請求権も具体化しないが、この点でも共有物分割請求に似ている。

しかし、組合解散請求は「己ムコトヲ得サル事由」がなければ認められないが、共有の場合には不分割の合意（民二五六条一項但書）がなされているか、共有物の機能上、分割に適していない場合（民二五七条二項・二三九条）でない限り、いつでも共有関係から離脱して、持分権をその拘束から解放させる自由を有している。とはいえ、他の共有者の同意なしに独断で分割案を確定することは出来ず、共有者全員による協議を要するが、この協議を開始するための前提として、ある共有者からの分割請求により共有者間で分割協議を行うべき関係が形成されていなければならぬ。ただし、分割の請求が行われなければ、いつまでも管理共同関係は継続し、持分権に対する拘束は継続するからである。

このように、共有物分割請求権は、その行使によって直ちに何らかの財産法上の具体的な効果を発生させるわけ

ではなく、また他の共有者が協議に応じなかったり、協議はしたけれども分割案が確定するに至らなければ、具体的な効果をもたらすものではない。しかし、この権利は管理共同体から離脱し、あるいはこれを解体することによって、拘束された持分権を一個・独立の自由な所有権にするための手続上の権利として、共有者たる地位、即ち管理共同体の構成員たる地位に伴うものであり、<sup>(三七八)</sup>所有権に内在している処分権能が共有持分権においては排除される代償として認められるものであって、所有権が侵害されたときに所有権の実体をなす排他的支配力が発動する物権的請求権とは存在の次元を異にしている。<sup>(三七九)</sup>

つまり、共有関係は必ずしも当事者の合意に基づいて発生するわけではなく、むしろ法定の関係として発生する場合の方が多いであろう。そして、共有者相互の間では他者を排除して物を独占的に支配することはできない関係に置かれるために、物を共同で管理せざるをえず、そこに共同で管理する意思を擬制され、管理共同体が擬制される。その結果、一個の所有権としての共有持分権に内在する諸権能は共同体の拘束を受け、とりわけ物を自由に処分する権能は完全に排除される。したがって、共有関係から離脱するか、これを解体して右の拘束から免れるためには、組合員の脱退請求ないし組合解散請求と同じ様に、他者との共同関係を継続しない旨の意思を表示する必要がある。これを充たす手段が共有物分割請求権であり、共有関係にある限り各共有者は物の処分権能を完全に排除される代償として、共有物の分割という処分を求める権利が与えられており、分割請求権は持分権に内在するはずの処分権能を止揚した形態と考えることができる。

とすれば、分割請求権を物権的請求権と解し、所有権の実体次元に位置づけるのは、所有権の論理構造に合わないだけでなく、共有の論理構造にも合わない見解といわざるをえない。けだし、分割請求権は持分権が侵害されているが故にこれを排除するために行使するわけではないし、他の共有者の支配を排除することを目的とするものでもなく、共通の対象物に対して複数の排他的支配権が並存している状態から脱して、自己固有の割当領域を単独で



支配しうる状態へと変えるための権利にすぎないからである。<sup>(三八〇)</sup> まして、分割請求権を物権的請求権の一種とし、これは形成権ではないという理由で、他の共有者は分割協議に応じる義務はなく、協議に応じる意思がなければ自由に拒絶しうるというのでは、この請求権は一体、何を請求する権利なのか不明であり、何のために物権的請求権の一種と解するのか、その意図さえ疑わしくなってくる。他の共有者は協議に応じる義務がないのではなく、他の共有者が協議に応じなければ、それを強制して効果的に分割を実現する手段がないだけのことであり、<sup>(三八二)</sup> それだからこそ裁判による分割という、より直截的な方法が用意されているわけである。

注（三七五） 川井・前掲「注三三」三三五頁、広中・前掲「注六」四三九頁、奈良・前掲「注八」二八七頁、玉田・前掲「注一二」一

八頁。なお、中島・前掲「注二三」四五四頁。因に、鈴木祿弥・相統法講義「創文社・一九八六年」一九七頁は、遺産分割請求権を物権的請求権類似のものとされる。

（三七六） 川井・前掲「注三三」三三四頁以下。

（三七七） 末弘・前掲「注三六三」雜記帳上二七五頁以下は、共有物分割請求を民法六八三条の組合解散請求と比較した上で、共有関係の清算とされる（後半部分に関して同旨、松岡・前掲「注二三」六一四頁）。

（三七八） 不分割の合意は分割請求権の行使を物権的效果をもって制限するが、それは管理共同体を継続させる合意の効果である（この点については、第二章一六節参照）。

（三七九） 結果同旨、山下・前掲「注一三〇」五八頁。なお、物権的請求権を所有権の実体次元に位置づける私見については、

前掲「注二二」の拙稿・佐賀二〇巻四号九五頁以下、同・佐賀二二巻三号一〇五頁以下。

（三八〇） 一部同旨、稲本・前掲「注六」三〇九頁・三一頁。

（三八一） 広中・前掲「注六」四四一頁。

（三八二） 奈良・前掲「注八」二八七頁・二九一頁注(7)は、従来の通説のように協議不調を訴えの積極的要件とするのであれば、協議義務は法的義務と解することもできるであろうが、協議成立が訴の利益を欠くと解する場合には、協議義務を法的義務と解するのは困難であり、これを法的負担と解した方がよいとされる。協議義務を法的義務と解するのと、法的負担と解するのでは、実体法上、何がどのように異なってくるのか不明であるが、協議義務を法的義務と解するから協議不調が訴えの積極的要件になるというよりも、私的自治を補うのが民事裁判制度の役割であるから協議不調、即ち自治的解決の失敗が訴え

の要件になるのではあるまいか。それはさておき、協議義務を法的負担と解すること、分割請求権を物権的請求権とする説に与されることに何らかの関連性があるのであろうか。

一六 民法二五八条は裁判による分割について定めるものの、その分割方法として現物分割と競売による代金分割しか規定していないために、協議による分割では可能とされている価格賠償ができるか否か、また数個の物を共有している場合に、これらを一括して分割しうるのか、それとも各物件ごとに分割しなければならないのかという問題が発生していた。さらに、共有物の分割とは全ての共有者に分割し尽して共有関係を終了、ないし消滅させることなのか、それとも共有関係からの離脱を望む者についてだけ、彼の持分に相当する部分を割り当ててやり、残りの共有者は共有関係を継続することができるとかという問題も提起されている。<sup>(三三八四)</sup>

これらの問題につき、裁判による分割では現物分割を原則とし、競売代金の分割は例外とされ、価格賠償は認められないとするのが従来の判例であり、学説もこれを支持していた。<sup>(三三八七)</sup> また、数個の共有物件がある場合に、これを一括して分割することは当然に認められていたが、裁判による分割でこれを認めた例は戦前にはなかったようである。<sup>(三三八七)</sup> しかし、親の遺産をもとにして、一種の生活共同体を構成するとともに、事業共同体を形成していた兄弟間で数個の共有物件の分割が争われた事件につき、民法九〇六条の精神を汲み、その数個の共有物件を一個の財産として一括分割した上で、公平に分割しえない部分については金銭の支払いによつて補う方法も許されるとする下級審判決が現われた。<sup>(三九〇)</sup> そして、本件の上告審判決において、最高裁は数個の建物が一筆の土地の上に建てられており、外形上一団の建物と見られるとして一括分割を支持した。<sup>(三九二)</sup>

その後も、遺産分割のための家事審判により遺産性を払拭して共有となつた後の分割請求事件で、民法九〇六条の立法趣旨を援用して数個の土地を一団と解して一括分割し、公平に分割しえない部分については金銭の支払いに

よって補う方法を採る判決や、隣接する二筆の土地を一括分割する判決が下級審段階では見られた。さらに、一部の共有者のみが共有関係から離脱して、残余の者の共有関係を継続させることに關しては、戦前の学説にはこれを認めるものもあつた。<sup>(三九四)</sup>しかし、この加藤説はその訴訟当事者論が、共有物分割を必要的共同訴訟とする通説の見解<sup>(三九五)</sup>とは著るしく異なっていたためか顧みられることもなかったが、戦後になって一部の共有者のみの離脱を認める下級審判決も現われ、これらの下級審や最高裁の判断は一部の学説によつて支持されていた。<sup>(三九七)</sup>

このような理論状況の下で、最高裁は、過半数以下の共有持分権者につき共有山林の分割請求権を排除していた森林法一八六条を違憲とする判断を示す際に、裁判による分割においても次のような方法が認められるとするに至つた。<sup>(三九八)</sup>即ち、(1)現物分割における過不足の金銭による調整も現物分割の一態様として許される。(2)数個の不動産が外形上一団と見られない場合でも、一括分割することは現物分割の方法として許されるとして、前掲「注三八五」および「注三九一」の判決を改め、(3)一部の共有者による分割請求によつて全部の共有関係が解消されるものと解すべきではなく、当該請求権者に対しては持分の限度で現物を分割し、残余の部分は分割請求をしていない者の共有として残すことも許されるとして、現物分割に關連させてではあるが、これまでの下級審判決や学説の流れに沿う判断を下している。<sup>(三九八)</sup>

注(三八三) 前掲「注二三」の富井・一七二頁、三瀧・一四五頁、川名・一二六頁、中島・四五四頁、松岡・四〇二頁、末川・三二六頁・三二七頁・三一九頁、柚木・四八六頁、柚木・高木・五三一頁。前掲「注二四」の末弘・四三一頁・四三四頁、近藤・物權法論八三頁、勝本・一四八頁、松坂・一二〇頁。前掲「注八」の石田(文)・物權法論四九六頁、鈴木・二九頁。前掲「注七」の我妻・物權法二二〇頁、舟橋・三八八頁・三九二頁。前掲「注六」の我妻・有泉・三三〇頁、新田・講義二六六頁、稲本・三一〇頁・三二三頁、広中四四六頁。川井・前掲「注三三」三三四頁。

(三八四) 奈良・前掲「注八」二九〇頁以下・三〇二頁以下・三〇八頁注24・三七一頁。Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. [N. 8], S. 769; Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 25 zu § 749 (S. 910). 一部離脱すべきことを見解として Huber, a. a. O. [N.

17], Rz. 53 zu § 749 (S. 160).

(三六五) 最判・昭和三〇年五月三十一日・民集九卷六号七九三頁（本件の評釈として、福島四郎「相続財産の共有の性質・遺産分割の方法」民商三三卷四号「一九五六年」一〇七頁以下）。なお、ドイツ民法は現物分割を先に規定し（七五二条）、その次に代金分割を規定しているが（七五三条）、実際には七五三条が原則で、七五二条が例外とされている。Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 3 zu § 752 (S. 257); Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 4 zu § 749 (S. 146); Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 2 zu § 749 (S. 918).

(三六六) 東京地判・昭和四五年九月二十四日・判時六一九号七〇頁、福島地判・昭和五〇年九月二十九日・下民二六卷九一一二合併号八六八頁。

(三六七) 前掲「注二三」の梅・二〇九頁、富井・一七六頁以下、松波ほか・六八七頁、岡松・二三三頁、三瀧・一五一頁、中島・四六〇頁、横田・四一四頁、岩田・七七頁、末川・三一八頁、柚木・四八八頁、柚木・高木・五三三頁、林・一四〇頁。前掲「注二四」の末弘・四三九頁、勝本・一四九頁、石田（喜・口述）二三四頁（但し、物権法八二頁は価格賠償によるをえないとされていることを疑問とされる）。前掲「注八」の石田（文）・物権法論五〇二頁、鈴木・二九頁。前掲「注七」の我妻・物権法三二二頁、舟橋・三九二頁。前掲「注六」の我妻・有泉・三三三頁、新田・講義二二六八頁、稲本・三二三頁（但し、三二四頁は裁判による分割の場合の担保責任として、金銭による補償または一部返還の請求を認められる）、広中・四四二頁以下、高島・二二二頁、星野・四〇頁、川井・前掲「注三三」三四四頁（但し、三四六頁は「現物ヲ以テ分割」を広義に解し、その中に価格賠償による分割を含むと解する余地があるとされる）、福島・前掲「注三八五」一一一頁。

戦前の学説で、現物分割に伴う多少の不公平は金銭の支払い、その他適当な方法で均一ならしめることができるという見解として、松岡・前掲「注二三」六三一頁。なお、川名・前掲「注二三」一三〇頁は、共有物分割の訴の特色は、原告は同時に被告となることにあり、裁判所は原告に対して金銭上の給付を命ずることがあるとされる。

因に、ドイツ民法七五二条は価格賠償を認めていながら（Hadding, a. a. O. [N. 8], Rz. 4 zu § 752 [S. 257]; Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 9 u. 11 zu § 752 [S. 183]）、現物分割に伴う価格賠償や共有者の一人への単独所有化に伴う価格賠償を認める見解として Esser, a. a. O. [N. 22], S. 746; Esser-Schmidt, a. a. O. [N. 8], S. 635; Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 10 zu § 752 (S. 920) u. Rz. 7 zu § 753 (S. 927f. 但し）シマントは例外的にのみ認め（S. 86）; Medicus, a. a. O. [N. 86], S. 220.

(三六八) 梅・前掲「注二三」二〇九頁、富井・前掲「注二三」一七五頁、末弘・前掲「注二四」四三四頁（但し、数個の物が一団

として共有となつてゐる場合とされる）、我妻Ⅱ有泉・前掲〔注六〕三三三頁。

〔三六〕 戦前の学説で、数個の共有物の一団的分割を認める見解として、松岡・前掲〔注三〕六三一頁。なお、ドイツでは複数の共有物がある場合に、個々の物について持分共同体の廃止を請求しうるか否か見解が分れてゐる（Vgl. Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 51 zu § 749 [S. 160] u. Rz. 10 zu § 752 [S. 183]; Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 26 zu § 749 [S. 910]）。

〔三七〕 東京高判・昭和四一年三月三日・下民集一七卷三〇四号一四〇頁。

〔三八〕 最判・昭和四五年一月六日・民集二四卷二二号一八〇三頁。本件の解説・評釈として、宇野栄一郎「民法二五八条によつてなされる数個の共有物の現物分割が共有者においてそれぞれ各個の単独所有権を取得することによつてなされることが許され」とされた事例」法曹時報二三卷七号（一九七一年）一六一頁以下、玉田弘毅「民法二五八条によつてなされる数個の共有物の現物分割が共有者においてそれぞれ各個の物の単独所有権を取得する方法によつてなされることが許され」とされた事例」判タ二六四号（一九七一年）三六頁以下、荒川重勝「民法二五八条によつてなされる数個の共有物の現物分割が共有者においてそれぞれ各個の物の単独所有権を取得する方法によつてなされることが許され」とされた事例」民商六五卷四号（一九七二年）一一五頁以下、川井 健「民法二五八条によつてなされる数個の共有物の現物分割は、共有者においてそれぞれ各個の物の単独所有権を取得する方法によつてなされることが許されるか」法協八九卷八号（一九七二年）一三八頁以下。

〔三九〕 東京地判・昭和五三年九月一日・判タ三七五号九九頁。

〔四〇〕 東京高判・昭和五九年八月三日・判時一一二七号一〇三頁。なお、前掲〔注一〕の昭和六二年最（大）判よりやや遅れるが、札幌地判・昭和六二年五月一日・判タ六五七号一〇三頁は、数個所に分れて存在する多数の不動産を一団とし、一括分割を認める。

〔四一〕 加藤（正）・前掲〔注二六〕第二卷四四頁、同・前掲〔注三六〕四六九頁。結果同頁、山下・前掲〔注一三〇〕六三三頁。なお、中島・前掲〔注二三〕四六六頁。

〔四二〕 大判・明治四一年九月二五日・民録一四輯九三二頁、大判・大正一二年二月一七日・民集二卷六八四頁、大判・大正一三年一月二〇日・民集三卷五一六頁。前掲〔注二四〕の末弘・四四一頁〔註九〕、田島・一九六頁、近藤・物權法論八四頁、勝本・一五〇頁。前掲〔注二三〕の末川・三三八頁、柚木・四八九頁、柚木Ⅱ高木・五三四頁、林・一四〇頁。前掲〔注八〕の横田・四一一頁、石田（文）・五〇〇頁註一。前掲〔注七〕の我妻・物權法三三三頁、舟橋・三九一頁。前掲〔注六〕の我妻Ⅱ有泉・三三三頁、稲本・三二三頁、新田・講義二二六七頁、広中・四四二頁、高島・物權法制二二三頁、星野・概論Ⅱ一四〇頁。川井・前掲〔注三三〕三四三頁、山下・前掲〔注一三〇〕六二頁。

(三六) 東京高判・昭和四八年九月二七日・判時七二〇号五四頁。なお、昭和六二年最(大)判以後のものとして、神戸地判・昭和六二年九月二五日・判タ六六八号一六三頁。

(三七) 価格賠償につき、前掲「注三九一」の玉田・四〇頁以下、荒川・一二四頁、川井・一四六頁以下(なお、川井・前掲「注三三三」三四六頁)、惣脇春雄「共有と登記」幾代 通ほか編・不動産登記講座(1)「日本評論者・一九七六年」三〇九頁。因に、百分の一以下の持分しか有しない者の現物分割ないし代金分割の主張を権利濫用として、多数持分権者の単独所有とする代りに、少数持分権者に対する金銭の支払いを命ずるものとして、山口地判・昭和四五年七月一三日・下民集二二巻七七八号一〇四五頁。なお、昭和六二年最(大)判以後のものとして、神戸地判・平成元年六月二日・判タ七一十一号二二五頁。一括分割につき、前掲「注三九一」の玉田・四〇頁以下、荒川・一二三頁以下、川井・一四四頁以下。玉田・前掲「注三七〇」一五六頁以下、広中・前掲「注六」四四三頁、鈴木・前掲「注八」二九頁、奈良・前掲「注八」三五八頁、同・前掲「注三四〇」六五一頁以下。なお、原島重義「遺産分割と登記手続」家族法大系VII「有斐閣・一九六〇年」三五頁。

因に、新田・前掲「注一二」昭和六二年度重要判例解説七五頁、同・前掲「注一二」百周年七二頁は、一部離脱を認める場合に解明すべき問題が残されていることを指摘される。

(三八) 前掲「注一一」の昭和六二年・最高裁大法廷判決。民法二五八条に関して本件を解説・評釈したものととして、新田・前掲「注一二」昭和六二年度重要判例解説七三頁以下、飯島 悟「一 森林法一八六条本文と憲法二九条二項 二 民法二五八条による共有物の現物分割の方法」判タ六七七号(一九八八年)四〇頁以下、荒川重勝「共有分割の方法」別冊ジュリスト・民法判例百選I(一九八九年)一六二頁以下、柴田保幸「一 森林法一八六条本文と憲法二九条二項 二 民法二五八条による共有物の現物分割と価格賠償による調整 三 数か所に分れて存在する多数の共有不動産についての民法二五八条による現物分割といわゆる一括分割 四 民法二五八条による多数共有者間の現物分割といわゆる一部分割」法曹時報四二巻五号(一九九〇年)一二三頁以下。

(三九 a) その後、最判・平成四年一月二四日・判時一四二四号五四頁は、昭和六二年大法廷判決の趣旨に徴すれば「分割請求をする原告が多数である場合においては、被告の持分の限度で現物を分割し、その余は原告らの共有として残す方法によることも許されると解するのが相当である」とする。本件の解説・評釈として、山田誠「一 分割請求者が多数の場合における民法二五八条による現物分割といわゆる一部分割」ジュリスト一〇二四号・平成四年度重要判例解説(一九九三年)七一頁以下、鎌田 薫「共有物分割請求権者が多数の場合における一部分割の可否」私法判例リマックス7号(一九九三年)二四頁以下、川角由和「多数の共有不動産についての一括現物分割の可能性」民商一〇八巻四〇五合併号(一九九三年)二六四頁

以下。

一七　ところで、従来の判例や学説が裁判上の分割につき一括分割を積極的には認めておらず、価額賠償を否定的に解して来たのは、次のような理由による。即ち、共有物分割は、数個の財産の分割である遺産分割とは異なり、単一物の分割であること。民法九〇六条と二五八条二項の立法趣旨が異なること。そして、民法二五八条二項は現物分割を原則とし、例外的に競売による代金分割を認めているが、価額賠償について規定していないのは、裁判所の裁量の余地を少なくして、形式的・画一的で公平な分割を実現するためであるとする。<sup>(三九九)</sup>

これに対して、最近の学説が価額賠償や一括分割を積極的に認める根拠として、次のようなことが説かれている。まず、形式的な根拠として、民法二五八条二項は裁判所が採用しうる分割方法を限定したものではなく、裁判所が競売による代金分割を命じうる要件を定めたにすぎず、同条二項の「現物ヲ以テ分割ヲ為ス」という規定には、どのような分割も含まれるという解釈を行っている。<sup>(四〇〇)</sup> 民法二五八条二項をこのように解釈するならば、共有の一般規定の中には民法九〇六条に当る規定が存在しないから、裁判による場合には価額賠償や一括分割という広義の分割をなしえないとする、形式的理由づけは有効ではないことになる。<sup>(四〇一)</sup>

次に、最近の学説が広義の現物分割を積極的に認める実質的な理由は、裁判所が採用しうる現物分割を狭義の現物分割に限るならば、実際に現物分割はなしえないし、価額賠償を採用しなければ現物分割を行うことはほとんど不可能になる、<sup>(四〇二)</sup> ということである。そして、この実質的理由を形式的に根拠づけるために、裁判による分割は形式的形成訴訟であるということを強調している。つまり、裁判による分割の目的は当事者間における公平を確保することにあるが、そのためには当事者の希望に副うべきであると説く。<sup>(四〇三)</sup>

裁判による分割が当事者による分割協議の不調を補うものである以上、当事者の希望に副うべきことは当然であ

り、共有持分権も一個の所有権である以上、物を排他的に支配する権利として尊重されるべきである。だからこそ、前記の最高裁大法廷も最近の積極説の流れに乗ったのであろう。しかし、本件の争点は森林法一八六条が憲法に反するか否かにあつたためか、現物分割の方法として多様な形態を併用しようという結論を述べる止まり、その理論的根拠を示しておらず、共有物分割と遺産分割の実体的・手続的な違い<sup>(四〇四)</sup>に対して配慮を示していない。

したがって、積極説のいうように、裁判による分割においても当事者の希望を可及的に尊重すべきであるという点では一致しながらも、価格賠償を理論的に正当化することは困難であるとする見解が主張されている。というのは、共有者間に給付義務を発生せしめる原因規定がなく、請求異議の訴えや債務不存在確認の訴えなどで争われたときに、これを排斥するに足る十分な理由づけは困難ではないかという疑念があるからである。<sup>(四〇七)</sup>

この疑問に対して、共有物分割訴訟は事案に応じて形成とともに、形成を前提とする給付にも及びうる特殊なものであるという見解がある。<sup>(四〇八)</sup>しかし、このように価格賠償を認める結論を爾後的に説明するための形式的な根拠づけでは、右の疑問に答えるには十分ではなく、共有物分割の訴えが形式的形式訴訟にすぎず、その実質は非訟事件であるとはいえ、形成の訴えに対して「なぜ」給付判決をも下しうるかという点について、実質的な解答を用意する必要があるであらう。そして、そのためには、共有物の分割が管理共同体の清算という側面をもつことを踏えた上で、<sup>(四〇九)</sup>協議による分割と裁判による分割の関連性を探り直す必要があるであらう。つまり、共有物分割判決は形成判決とされてはいるが、境界確定判決と同じように、純粹の形成判決なのかという点に反省を加える必要があるように思われる。

注 (三九六) 福島・前掲〔注三八五〕一一〇頁以下、宇野・前掲〔注三九二〕一六五頁（なお、一括分割は価格賠償の性質を有するものとされる）、奈良・前掲〔注八〕三四五頁以下、同・前掲〔注三四〇〕六三七頁以下。

ローマ法やドイツ普通法は裁判官に裁量権を与えていたが、客体の評価を誤るおそれがあり、公平性を保障しえないとい



う理由で、ドイツ民法は裁判官による調整を認めないとした(Huber, a. a. O. [N. 17], Rz. 4 u. 35f. zu § 749 [S. 146 u. 154] u. Rz. 11 zu § 752 [S. 183]. vgl. Leonhardt, a. a. O. [N. 8], S. 418; Esser, a. a. O. [N. 22], S. 746). ところが、ラレンツは事案に応じた裁判官の隠れた形成を認め(Larenz, a. a. O. [N. 8], SR II, S. 326 Fn. 1) シェアハイトは民法二四二条・三一五条三項二文に基づく裁判官の事実上の形成を例外的に認める(Schmidt, a. a. O. [N. 17], Rz. 2 zu § 753 [S. 926]. vgl. Huber, a. a. O., Rz. 36 u. 41 zu § 749 [S. 154 u. 156]).

(300) 玉田・前掲[注三九一]四〇頁以下、同・前掲[注三七〇]一五七頁、荒川・前掲[注三九一]一二四頁、同・前掲[注三九三]一六三頁。なお、新田・前掲[注一二]昭和六二年度重要判例解説七五頁、同・前掲[注一二]百周年六七頁以下は、立法者もこのような理解をしていたとして、積極説に好意的である。民法二五八条の立法趣旨等については、上田・前掲[注三六八]一一七頁以下。

(401) 玉田・前掲[注三九一]四〇頁。

(402) 玉田・前掲[注三九一]四一頁、柴田・前掲[注三九八]一六九頁。

(403) 玉田・前掲[注三九一]四〇頁、同・前掲[注三七〇]一五六頁以下、荒川・前掲[注三九一]一一八頁以下・一二四頁、同・前掲[注三九八]一六三頁、飯島・前掲[注三九八]四一頁、柴田・前掲[注三九八]一六九頁。なお、川井・前掲[注三九一]一四六頁。

(404) 奈良・前掲[注八]三五〇頁、同・前掲[注三四〇]六六四頁・六六七頁、同「遺産分割と共有物分割の訴えとの関係」法律時報別冊・私法判例リマックス一号(一九九〇年)二二九頁。

(405) 奈良・前掲[注三四〇]六三九頁以下は両者の違いを強調される。なお、奈良・前掲[注四〇四]リマックス一号二三〇頁。

(406) 奈良・前掲[注八]二九六頁・三三二頁。

(407) 奈良・前掲[注八]三四八頁・三五〇頁、同・前掲[注三四〇]六三八頁・六五六頁。なお、新田・前掲[注一二]百周年六九頁・七三頁・七五頁。

(408) 荒川・前掲[注三九八]一六三頁。

(409) 因に、共有物分割請求を組合の解散請求に類比して、共有関係解消のためにする清算とされる末弘博士は、裁判上の分割は形成判決のみに限らず、民法二五九条の弁済をなさしめることも含まれるとされる(末弘・前掲[注三六三]雑誌帳上二七八頁)。

一八 さて、裁判の結果、共有物の現物分割が行われると、数個の物の上に各「共有者」の单独所有権が発生する。この結果は共有者の合意によつてもたらされたものではないから、この結果だけを見ると裁判所の力によつて強制的に单独所有権が形成されたかのようであり、法律行為の要素とは全く無縁のように見える。それだからこそ、民法二六一条は裁判による分割の場合に意義を有するとされているわけである。<sup>(四一〇)</sup>

しかし、裁判による分割は裁判所の全権に基づく裁量によつて行われるとはいへ、裁判所が独断的に分割し、各部分を各「共有者」に割り当てているわけではなく、当事者が裁判外において自治的に解決しえなかつたが故に、その自治的解決能力を補うために裁判所は当事者の主張に耳を傾け、当事者の希望に副うであろうと思われるところに従つて行うものであり、当事者の協議に代る働きをしている。それだからこそ、裁判による分割は非訟事件のつもりで立法されているわけである。<sup>(四一一)</sup>

このように、裁判による分割が協議による分割の代役をなすものであるならば、共有物分割の判決は当事者の協議を強制的に創り出すようなものであり、いわば双方代理行為によつて分割合意を形成していることになる。つまり、協議による現物分割を持分の交換と解する通説は、裁判による現物分割によつて持分の交換と同じ効果が発生するとしているが、この見解によれば裁判による現物分割にも有償契約の要素は含まれており、全く新しい権利を発生させるという意味で純粹に形成のみを行う裁判ではないことになる。したがつて、民法二六一条が存在しなくても、裁判による現物分割につき売主の担保責任に関する規定は準用することができる。

尤も、共有物分割の場合には、持分の「交換」といつても、物と物とが現実<sup>に</sup>交換されるわけではなく、数個に分割された共有物に対する持分の交換であるが故に、協議の成立ないし判決の確定と同時に、この交換も完了してしまい、給付義務という要素は表面には現われない。しかし、この交換に給付義務という要素が存在しないわけ

はなく、交換の即時完了によって協議や判決の中に止揚されているにすぎない。

とすれば、形式的形成訴訟としての裁判による分割にあつても、協議による分割におけると同じように、ある当事者に金銭の給付義務を課することができないわけではない。問題は、通常の共有物分割については遺産分割とは異なり、民法九〇六条や家事審判規則一〇八条の二・一〇八条の三・一〇八条の四・一〇九条・一一〇条のような規定が欠けている点である。しかし、通常の共有物分割に関しては右のような規定が欠けているが故に、裁判所は価格賠償を命じえないというよりも、遺産分割については、相続人と被相続人との間に共同の生活関係があつたことや、相続には扶養との関連性がある等の特殊性があるために、詳細な規定が設けられていると解すべきであろう。けだし、民法起草者の富井博士の説明では、民法二五八条に分割の方法について何の規定も置かなかつた訳は、裁判所が全権をもつて、どんな方法によつても分割しようという趣旨とされているからである。<sup>(四二三)</sup>

とはいえ、通常の共有物分割について価格賠償を認めるならば、家庭裁判所における調査官等の補助なしに、これを行わなければならない裁判官の負担が大きくなるのみで、公平な裁判ができるのか疑問視されている。<sup>(四二四)</sup>したがって、この難題を回避するために、裁判による価格賠償は遺産分割の性質を有する場合か、実質的に見て、それと同視しうる場合に限定すべきだとされる。<sup>(四二五)</sup>しかし、遺産性の要素を全く有していない共有にあつて、価格賠償を命じるのに裁判官の労のみ多くして、公平性を期し難いような事件がそれほど多いのであろうか。また、裁判による分割の際に、価格賠償はあくまでも微調整に止めるべきだとされるが、<sup>(四二六)</sup>たとえ現物分割の不公平を正すための微調整に止めるとはいえ、価格賠償を言渡し、給付義務を課すにはその法的根拠を要するのではあるまいか。

注（四〇） 前掲「注一三五」参照。

（四二） 起草委員・富井博士の趣旨説明については、上田・前掲「注三六八」一二五頁・一二九頁・一三二頁・一三七頁・一三九頁・一四六頁・一四七頁参照。

(四三) 前掲〔注一三二〕参照。

(四二) 上田・前掲〔注三六八〕一二九頁（なお、一二五頁）参照。

(四四) 奈良・前掲〔注八〕三四八頁、同・前掲〔注三四〇〕六五四頁・六五六頁・六六三頁以下・六六七頁（なお、六四四頁）。

(四五) 奈良・前掲〔注三四〇〕六六五頁、同・前掲〔注四〇四〕リマックス二号二三〇頁。なお、新田・前掲〔注一二〕百周年七〇頁・七六頁。

(四六) 奈良・前掲〔注八〕三五〇頁、同・前掲〔注三四〇〕六三八頁・六五七頁注③・六六二頁・六六七頁。

一九 共有物分割判決は当事者の協議に代るものであり、しかも純粹の形成判決というよりは給付判決の要素を包摂・止揚したものであるとすれば、現物分割を持分の交換と解し、価格賠償を持分の売買と解する通説の立場からは、裁判による分割の場合にも現物分割に付随して価格賠償を命じ、一部の共有者に金銭債務を課すことにつき特別の根拠づけは要しないであろう。しかも、現物分割は一個の物を数個に分割した上で、各個の共有物に対する持分を交換するのであれば、共有物件が数個ある場合についても、各物件に対する持分の交換、即ち一括分割<sup>(四一七)</sup>を全ての共有者が望んでいる限り、裁判所がこれを行うことについても何ら障碍はないことになる。

しかし、現物分割を持分の交換と解する通説は、一連の手続きを経て分割案が確定すると同時に分割の効果が現われる権利の処分として捉えるのではなく、共有物の物理的分割と持分の交換という二つの段階に分け、しかも第一段階を共有物の変えないし物理的処分、第二段階を共有者間の取引行為と解している点で、管理共同関係としての共有の論理に合わないだけでなく、共有物分割の実態に合わないのではないか、という疑問は第二章で述べたとおりである。

したがって、私見では協議の結果、現物分割案が確定すれば、持分の出資が行われて処分共同体が形成されると

同時に、この共同体は目的を達成して解散することになり、各共有者への分割された物の帰属は残余財産の分配という性質を有することになる。そして、価格賠償は現物分割、即ち残余財産の分配を調整するための追出資であり、出資請求権は処分共同体に帰属するや否や、直ちに調整を受けるべき共有者に分配されると構成することになる。

このような私見からすれば、裁判による分割の場合、判決の確定によって処分共同体が形成されると同時に解散し、この団体財産の分配、即ち共有物の分割がなされ、各「共有者」は単独所有権を取得することになるが、裁判外においては当事者の合意に基づいてなされる追出資も、裁判上の分割にあつては、いわば強制的な清算ともいふべき裁判によつて一部の共有者に義務づけられ、処分共同体に帰属するや否や他の共有者に分配され、処分共同体は成立と同時に消滅する。

また、一部の共有者のみが共有関係からの離脱を望み、他の共有者は共有関係の継続を望んでいる場合には、私見では全共有者が共有持分を出資して処分共同体を形成した上で、離脱を望む者についてののみ団体財産の分配（現物による持分払戻し）をし、他の共有者は残余財産について新たな共有関係（合意に基づく管理共同体）を形成することになる。そして、共有物件が複数ある場合に、全共有者が一括分割を望むのであれば、すべての物件に対する持分を出資して処分共同体を作り、この団体に帰属することになった数個の権利を各別に分配することになるが、それは遺産分割において通常に行われるところであり、解散後の組合財産を現物で分配する場合と同質の行為である。<sup>(四一)</sup>

なお、裁判上の分割において共有物を競売し、その売得金を分配する方法が選ばれた場合にも、判決の確定によつて形成される処分共同体の財産が競売によつて換価されるのであつて、各共有者の持分が競売されるわけではない。したがつて、競売による売得金も一旦は右の処分共同体に帰属し、その清算人に相当する執行裁判所が各共有者の持分に応じて現実に交付することを要し、<sup>(四二)</sup> 代金の配当を求める権利は共有者全部の共有ではなく、各共有者が

別々に有する<sup>(四二〇)</sup>という意味は、右のように解すべきである。

注(四二七)

一個の共有物を數個に分ける場合と当初から數個の共有物がある場合に一括分割するのでは、持分の交換の意味が異なるが(原島・前掲「注三九七」三五頁以下)、後者の場合を価格賠償の性質を有する(宇野・前掲「注三九一」一六五頁)といえるかは疑問である。むしろ、各共有物件の価値が異なるが故に、価格賠償が問題となってくるのではあるまいか。

(三二) 民法上の組合も不完全ではあるが合手共同体であるとする私見からは、解散後の組合も未だ合手共同体であり、残余財産を現物分配すれば合手団体の財産が組合員の個人財産に転化する。

また、共同相続財産の帰属形態を共有と解するにしても、共有物分割を持分出資による処分共同体の形成と同時に、その財産の分配と解する私見では、遺産分割案が確定した時に各相続人の共有持分が出資されて遺産処分共同体が形成され、それと同時に各相続人に帰属する財産も確定することになる。

(四二九) 奈良・前掲「注八」三一四頁以下。

(四三〇) 末弘・前掲「注二四」四四〇頁。

二〇 ところで、最近の学説や判例のように數個の共有物の一括分割や価格賠償を認めるならば、共有物の分割は遺産分割に接近するが、その背後には共有物の交換価値の形式的・画一的な分配を図るという市民法的視点と、共有物の多様な利用(使用価値)の保護を図るという観点(とくに社会法的観点)との交錯、ないし前者から後者への重点の移行があるとする見解<sup>(四二二)</sup>がある。

この見解は川島博士の近代的所有権—商品所有権—交換価値支配権とする捉え方を基礎にした、次のような共有物分割の理解を前提にしている。即ち、民法二五八条の裁判による共有物の分割は個々の共有物について個別的に分割がなされ、數個の財産全体を一体のものとして分割することを認めていないのは、近代市民法の下では持分率に応じた価値の形式的・画一的に平等な配分が共有物分割を主導すべき原理であり、現物分割が原則とされるのも「現物」(と共にその利用)を与えること自体が意図されているからではなく、「現物」が価値の素材的担手だから

であり、その分割こそが最もよく価値の形式的・画一的に平等な分配を保障するからである。しかし、このような分割の「市民法」的論理は小市民や小営業や零細農業の保護、あるいは居住の保護といった「社会法」の要請の前では矛盾を露呈し、「不合理」なものと感じられ、民法九〇六条のような一般的・包括的基準が設定されるに至ったという理解である。<sup>(四二二)</sup>

なるほど、数個の共有物を一体のものとして分割することを認めた昭和四五年最高裁判決の事案は、遺産をもとにして兄弟で築いた共同生活財産、ならびに共同事業財産を構成している物の分割であつたし、昭和六二年最高裁判決の事案は父から息子達に贈与された山林の分割であつた。いずれの事案の物件も遺産に近い性質をもつと同時に、共同事業という要素が含まれており、組合財産の分配に近いものがある。したがって、遺産や組合財産（残余財産）の分配に社会的性質を認めるにしても、遺産や組合財産はもともと包括的なものであり、組織的に一体化されて管理され運用されていた財産である。しかも、これを分割する際に当事者は必ずしも各個の構成部分に分解した上で、各個それぞれについて持分に応じた分配をするとは限らないし、とりわけ遺産に関してはそうである。したがって、裁判による分割においても、このような当事者の希望が重視されるのは当然であろう。

これに対して、遺産や組合財産を構成していない通常の共有物が数個あり、これを分割する際に一括して取扱つてこなかったのは、近代的所有権が商品所有権であり、交換価値支配権であるが故に、共有物の分割も価値の形式的・画一的な分配であればよいということよりも、むしろ近代的所有権が商品所有権であることを反映した一物一権主義の共有物分割における現われと見るべきではあるまいか。<sup>(四二五)</sup>つまり、所有権は一個の物の上にしか成立しえない以上、共有も一個の物の上にしか成立しえないという考えを前提とする限り、共有物の分割は個々の特定物を分割することが本来のあり方であり、遺産分割や組合財産（残余財産）の現物分割の方が特殊で例外的な方法と考えられて来たのではあるまいか。<sup>(四二七)</sup>

そして、一物一権主義の対概念である一人一権主義(四二)からすれば、一個の物を現物分割する際にも、これを共有者の数に合せて物理的に分割した上で、全員が各個の物の上に持分を有すると解し、この持分を相互に交換することによって現物分割は完了するという具合に、商品交換の発想をとることで論理を一貫させているように思われる。しかし、このような構成では現物分割の実態に合っていない。のみならず、一物一権主義の原則は競争原理に基づく商品交換を説明するための原理にすぎず、組織の一体としての営業財産や遺産はこの原則とは無縁の領域であるし、複数人が一個の物を支配する共有に対しても、商品所有権の原則からすれば例外としての位置づけしか与えられないのであれば、共有物の分割についても商品交換の原理とは異なった原理が考えられてもよかったのではあるまいか。

また、共有物の分割において現物分割が原則とされるのは、現物が価値の素材的担い手であるということよりも、共有持分権は一個の所有権であり、物に対する排他的支配権であり、他の持分権によって制約されているとはいえず、物を使用し収益する等の権能を内在させている以上、現物を分割することこそが持分権を完全な単独所有権に転化させる本来の方法というべきである。(四三)とすれば、共有物分割を通じて共有物の多様な利用形態の保護を図るという観点を徹底するならば、もはや「現物分割」という概念的な枠にとらわれる必要はないし、合理性は存在しないといえるか疑わしい。(四四)

近代的所有権を商品所有権と捉え、交換価値を重視することは、封建制度の下における支配体制と比較して、近代社会なり近代法の歴史的特徴を描き出す上では有用である。しかし、近代社会においても、人は外界の物の使用価値を享受して生存しているのであって、交換価値の実現のみを目的として生きているわけではない。むしろ、大方の自然人にとって交換価値の実現は生存のための手段にすぎず、交換価値の実現のみを目的としうるのは利潤追求を目的として人為的に創り出された企業、とりわけ株式会社ぐらいのものであろうが、これとても物の使用価値



を享受することなしには存続しうるものではない。したがって、近代的所有権が商品所有権であり、交換価値こそが重要な要素であることを強調しすぎると、近代的「所有権法」の歴史性を把握することはできても、「所有権」そのものの法理論を構築することはできないであろう。つまり、所有権とはどのような権利なのかを論理的に把握した上で、物権的請求権を所有権の論理構造の中に位置づけたり、所有権の移転とはどのような法現象なのかを分析し、さらに共同所有の諸形態を分析して、団体法理論や法人論と接合しうる所有権の「法理論」を体系的に創り上げることはできないように思われる。<sup>(四三三)</sup>

要するに、最近になって裁判上の共有物分割についても、数個の物件の一括分割が認められるようになったのは、個々の物はそれ自体が単独で使用価値を享受させるものではなく、包括的・組織的の一体としての生活財産なり営業財産の構成要素にすぎないことに着目して、できるだけ当事者の希望に副った、妥当な分割を志向しているからではあるまいか。その意味では「社会法」的要素を反映しているともいえるが、「市民法」レベルでは一物一権主義の原則を適用しうる限界が認識され始め、この原則を必要以上に振り回さなくなってきたという面もあるのではあるまいか。<sup>(四三五)</sup>とすれば、次は一物一権主義の対概念とされる一人一権主義についても、検討を加える必要がある。ただし、共有物の分割は単に物を物理的に分割して単独所有化するに止まらず、共有者全員で構成する処分共同体に帰属する一個ないし数個の権利の分割であるとするならば、個人と法人以外にも権利主体が存在しうることになり、合手理論の再検討を要するからである。

注（四三二） 荒川・前掲【注三九八】一六三頁。

（四三三） 荒川・前掲【注三九二】一二一頁以下。なお、川村・前掲【注三二四】一二二頁以下。

（四三三） 前掲【注三九一】。

（四三四） 前掲【注一一】。

（四三五） 奈良・前掲【注八】三四九頁、同・前掲【注三四〇】六三九頁注（三）、新田・前掲【注一一】昭和六二年度重要判例解説

七五頁、同・前掲「注一二」百周年七六頁。

- (四三六) 福島・前掲「注三八五」一一〇頁以下が共有物分割は単一物を分割することを強調され、奈良・前掲「注八」三四八頁（なお、奈良・前掲「注三四〇」六五一頁）が共有物分割は個別的な特定物件の分割をいうとして、遺産分割との違いを重視されるのも、その背景には一物一権主義の原則が貫いているのではあるまいか。しかし、そうだとすれば、奈良判事が通常の共有について一括分割を認められる（前掲「注三九七」参照）には、結果の妥当性のほかに理論的根拠づけを要するのではあるまいか。

- (四三七) 奈良・前掲「注八」三四八頁、同・前掲「注三四〇」六五一頁。

- (四三八) 川島武宜・所有権法の理論「岩波書店・一九四九年」二〇二頁。なお、川島・前掲「注三二」一三五頁。

- (四三九) 同旨、奈良・前掲「注三四〇」六五三頁・六六二頁。

- (四四〇) 荒川・前掲「注三九八」一六三頁。

- (四四一) 奈良・前掲「注三四〇」六六二頁は荒川説に対して、「現実の利用関係を重視しすぎてあまりに簡単に価格補償さえすればよいということも問題である（えてしてその傾向になり易い）し、また現実の利用関係の重視は妥当な現物分割を困難にし」「微調整を超える価額補償は必ずしも公平・適切な解決とはいえない難い場合が結構あるように思われる」ので、社会法の理念を強調することは問題であるとされる。なお、同論文六五五頁以下は「現実の利用関係等を考慮するとき現物分割が困難になるような場合に価格補償を含めての第三の分割方法を積極的に考慮しようとする」「論法を進めると、現実の利用関係を重視して一見現物分割を認めるかのようでありながら、実際的には現物分割を比較的容易に否定する可能性を認める結果になるおそれがある」し、「現物分割請求権自体の否定にまで及ぶ可能性があり得る」とされる。

- (四四二) 所有権の観念性や商品性、したがって交換価値の面を重視し、使用・収益という直接的支配性の面を軽視することに批判的な見解として、新田 敏「立木および未分離の果実の独立性と『明認方法』の目的」法研四五巻九号（一九七二年）二七頁・四五頁以下、同・前掲「注六一」四四頁以下。なお、鈴木祿弥「川島先生の物権法論」ジュリスト一〇一三三（一九九二年）六〇頁。

- (四四三) 川島博士の所有権理論に付する私の疑問や批判については、前掲「注一二」の佐賀二〇巻四号一〇一頁以下、佐賀二一巻三三〇頁以下、二二巻五号一八七頁以下・二〇二頁以下、佐賀二三巻二九七頁以下。川島博士の入会理論や法人論に対する私の疑問や批判については、拙著・前掲「注二二」三〇六頁以下・三九〇頁以下。

- (四四四) 因に、於保不二雄「共同相続における遺産の管理」家族法大系VII「有斐閣・一九六〇年」一〇五頁（なお、九七頁）は民

法上「財産」「財産の管理」「財産の共有」という基本觀念が不可欠であり、「財産」を構成する個々の權利義務に分解するような分別的思考方法を捨てさえすれば、これらの基本觀念は直ちに承認されうるはずであるとされる。

（四三） 一物一權主義に関しては、第二章四節参照。

〔未完〕